

ARBEIDSRECHTBANK TE LEUVEN VAN 23 APRIL 2015

INZAKE:

Gerda B., wonende te 3540 Herk-de-Stad, (...)

Eisende partij, vertegenwoordigd door mr. M. J., advocaat te 3500 Hasselt, (...)

TEGEN:

HET CENTRUM, met zetel te 3290 Diest, (...).

Verwerende partijen, vertegenwoordigd door Mr. T. loco Mr. N., advocaat te 3500 Hasselt, (...).

Deze zaak werd ingeleid bij tegensprekelijk verzoekschrift neergelegd ter griffie op 26 mei 2014 hetwelk diezelfde dag aan partijen betekend werd om te verschijnen op de zitting van 12 juni 2014 overeenkomstig artikel 1034 sexies Ger.W.

Op verzoek van partijen werd op de inleidingszitting hun akkoord voor een conclusieagenda bekrachtigd en werd de zaak conform art. 747 §1 Ger.W. vastgesteld op de zitting van 26.2.2015.

De poging tot verzoening overeenkomstig artikel 734 van het gerechtelijk wetboek leidde niet tot het acteren van een akkoord tussen partijen.

De verklaringen en argumenten van partijen werden gehoord waarna de sluiting van de debatten werd bevolen.

Mevr. de Substituut-Arbeidsauditeur gaf mondeling advies waarop werd gerepliceerd door partijen.

De rechtbank nam de zaak in beraad en stelde de uitspraak van het vonnis vast 26 maart 2015, datum waarop de uitspraak werd verdaagd tot op heden.

Na beraadslaging spreekt de rechtbank volgend vonnis uit.

De vordering strekt ertoe verwerende partij te horen veroordelen tot betaling van

- € 19.941,97 bruto provisioneel, schadevergoeding wegens discriminatie op basis van een handicap,
- € 97.294,82 bruto, opzeggingsvergoeding
- € 24.090 netto, schadevergoeding wegens ontnomen inkomsten,
- € 5.500, schadevergoeding wegens rechtsmisbruik,
- afgifte van de sociale documenten in overeenstemming met huidig vonnis, met name de corrigerende loonbrieven, de individuele rekening, de fiscale fiche 281.10 en het aangepaste formulier C4 en dit onder verbeurte van een dwangsom van € 125 per dag en per ontbrekend document vanaf de 15e dag na betekening van het vonnis
- de wettelijke en gerechtelijke intresten,
- de kosten van de rechtspleging,

Ter zitting verzoekt eisende partij de wering van stuk 33 (2 verklaringen) omdat dit stuk niet tijdig zou zijn overgemaakt.

De feiten

Eisende partij was in dienst van verwerende partij als kinderverzorgster sedert 1 april 1984 in het kader van het "derde arbeidscircuit" waarbij de tewerkstelling meerdere malen werd verlengd tot op 1 januari 1992 verwerende partij eisende partij in dienst nam voor onbepaalde duur.

Op 17 augustus 2009 kreeg eisende partij een ongeval thuis waardoor zij voor lange tijd arbeidsongeschikt bleef.

Door de adviserend geneesheer van de mutualiteit werd eisende partij voldoende arbeidsgeschikt bevonden vanaf 9 mei 2011 dit in het kader van de ZIV-wetgeving. De arbeidsgeneesheer stelde in het kader van de uitgeoefende activiteit als kinderverzorgster voor om haar verder arbeidsongeschikt te laten tot oktober 2011.

Hierdoor werd eisende partij verwezen naar de tijdelijke werkloosheid, waarop de RVA de vraag stelde aan verwerende partij of er geen vervangend werk voorhanden was. Hierop verklaarde verwerende partij telkenmale dat zulks niet het geval was.

Er werden periodieke (om de 6m) medische onderzoeken verricht door de arbeidsgeneesheer die allen resulteerden in de aanbeveling dat eisende partij geen zwaar til- en hefwerk mocht verrichten maar wel "schouderparend werk" mocht verrichten.

Telkens volgde het laconieke antwoord van de werkgever dat er geen aangepast werk voorhanden was.

Op 7 mei 2013 besliste de geneesheer van de RVA dat eiseres definitief ongeschikt zou zijn voor haar functie als kinderverzorgster bij verwerende partij.

Op 27 mei 2013 liet de RVA aan eiseres weten dat zij zodoende geen uitkeringen meer zou kunnen ontvangen als tijdelijk werkloze maar dat zij een aanvraag diende te doen buiten het systeem van de tijdelijke werkloosheid.

Op aangeven van de werkgever bezorgde eiseres vervolgens een attest van haar huisarts die op 30 mei 2013 attesteerde dat eiseres definitief werkonbekwaam was voor haar werk als kinderverzorgster en daarom een 'ontslag om medische redenen' vroeg.

Op 30 mei 2013, na telefonische kennisname van het ontslag wegens medische overmacht, zou eiseres een aanvraag tot herinschakeling doen voor een functie conform de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer en dit omwille van haar handicap.

Op 3 juni 2013 werd door verwerende partij het formulier C4 opgemaakt met als motivering : "overmacht ingevolge de definitieve en blijvende arbeidsongeschiktheid".

Nadien zou nog op 6 juni 2013 een aanbeveling volgen van de arbeidsgeneesheer voor schouderparend werk. De arbeidsgeneesheer gaf aan eiseres definitief over te plaatsen naar een werkpost of een activiteit die niet schouderbelastend was

Op 18 juni 2013 bevestigde het vast bureau van verwerende partij de verbreking wegens overmacht op datum van 3 juni 2013.

Wering van stuk 33 uit de debatten

Het betreft hier twee getuigenverklaringen waarvan verwerende partij zelf naar aanleiding van het overmaken van de syntheseconclusie opmerkte dat deze stukken niet waren gevoegd.

Er was in deze zaak een beschikking 747 Ger.W. opgesteld met conclusietermijnen waarvan partijen bij expliciet onderling akkoord nog afweken.

i.p.v 1 december 2014 werd dit 19 december 2014 voor eisende partij, en i.p.v 2 februari 2015 werd dit 16 februari 2015 voor verwerende partij.

De zitting van 26 februari 2015 werd behouden.

In deze laatste syntheseconclusie vermeldt verwerende partij expliciet de beide getuigenverklaringen en geeft ze letterlijk weer.

Omdat er geen wering van de conclusie wordt gevorderd en de inhoud van het stuk volledig gekend was, is deze rechtbank van oordeel dat zij er kennis van kan nemen.

Aanstelling deskundige

In het advies van het openbaar ministerie wordt de aanstelling van een deskundige gesuggereerd zowel wat betreft de invulling van de notie 'handicap' als van de toestand van medische overmacht.

Partijen wezen in hun repliek dit voorstel af en zijn van oordeel dat er zich geen bijkomende onderzoeksmaatregelen opdringen.

De rechtbank stelt vast dat er enerzijds vanuit diverse invalshoeken reeds medische stukken voorhanden zijn en dat in elk geval de toetsing ervan aan de praktijk thans, gelet op het tussengekomen ontslag en de nieuwe tewerkstelling van eiseres als kinderverzorgster, een deskundig onderzoek niet langer wettigt.

Beoordeling ten gronde

De gestelde vordering vertrekt om te beginnen van de premisse van de kwalificatie van de aandoening als een 'handicap' in de zin van de nationale en internationale reglementeringen in het kader van de eerbiediging van de mensenrechten en de bescherming tegen discriminatie.

Partijen zijn het eens met het uitgangspunt dat het begrip handicap in het kader van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 zich niet beperkt tot een erkende handicap die recht geeft op de wettelijke tegemoetkomingen voor personen met een handicap overeenkomstig de wet van 27 februari 1987.

Beide partijen verwijzen in hun poging tot het definiëren van het begrip handicap naar de redenering van het Hof van Justitie als : 'een beperking die het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelname van de betrokkene aan het beroepsleven voor een lange duur belemmert'.

Ook art. 1 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een Handicap spreekt van personen met een langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.

De bestaande algemene antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 verbiedt o.m. de huidige of toekomstige gezondheidstoestand en de handicap als discriminatiegrond. Een onderscheid op die gronden kan alleen gerechtvaardigd worden op basis van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

Behalve een direct onderscheid op basis van een handicap kan er ook een indirect onderscheid gerechtvaardigd worden indien aangetoond wordt dat er geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.

De voormelde wet van 10 mei 2007 verbiedt dus (in de regel)(niet objectief en redelijk gerechtvaardigde) discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand van een persoon of zijn handicap. Bovendien stelt ze de weigering om redelijke aanpassingen te treffen gelijk met directe discriminatie.

Het arrest van 11 april 2013 HvJ dat verwijst naar het arrest van 11 juli 2006 stelt: Het begrip handicap in de richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, moet aldus worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is.

Het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding in haar bijdrage over 'Discriminatie van personen met een handicap' 2009, benadrukt dat de wetgever

bewust heeft gekozen voor een term die anders wordt ingevuld dan het begrip ziekte. Er mag van worden uitgegaan dat, in tegenstelling tot een handicap, het begrip 'gezondheidstoestand' verwijst naar een staat van korte of middellange duur, waarvan men mag verwachten er binnen een redelijke termijn van te herstellen.

Uitgaande van voorgaande omschrijvingen is deze rechtbank van oordeel dat de beperking aan de linker schouder van eiseres geen voldoende beletsel vormt voor haar om daadwerkelijk en op voet van gelijkheid te laten participeren aan het beroepsleven, nu uitsluitend (zwaar) hef- en tilwerk tegenaangewezen is, en zelfs nog niet definitief is komen vast te staan dat dit ook haar functie als kinderverzorgster onmogelijk zou blijven maken.

Op dit punt kan verwezen worden naar de laatste specialistische verslagen van Dr. D. die met kennis van het voorlaatste standpunt van de arbeidsgeneesheer (aangepast werk voor 6m) besluit tot een consolidatie met weliswaar nog mogelijke pijn bij het heffen, maar waarbij hij expliciet stelt dat zijn patiënte wat hem betreft alles mag doen...

Later en na het ontslag en na de tussenkomst van de arbeidsgeneesheer op 6 juni 2013 zal deze specialist in juli gewag maken van een nieuwe en tijdelijke problematiek: een dorsale wervelzuilblokkage.

Het is voor ons duidelijk dat de diverse medische verslagen elk opgesteld werden vanuit een eigen invalshoek en met het oog op het behoud van eiseres van het aangepaste en/of gewenste sociaal statuut (arbeidsongeschiktheid, ZIV, tijdelijke werkloosheid, beoordeling ongeschiktheid RVA-wetgeving, medische overmacht met overgang naar de gewone werkloosheid, verdere tewerkstelling).

Zoals dit dossier op deze diverse medische invalshoeken is samengesteld is er duidelijk een arbeidsongeschiktheid geweest voor de uitgeoefende functie van kinderverzorgster bij verwerende partij, met alle beschermende tussenkomsten die ermee gepaard gingen, maar zonder dat dit volgens deze rechtbank in concreto voor de werkgever tijdens de tewerkstelling en bij het ontslag als een handicap in de zin van de discriminatiewetgevingen diende te worden gekwalificeerd.

Het betrof een specifieke arbeidsongeschiktheid voor de uitgeoefende functie bij deze welbepaalde werkgever, en het dossier bevat zelf te weinig elementen om te kunnen besluiten tot een ongeschiktheid voor het uitoefenen van het beroep van kinderverzorgster in het algemeen.

Zelfs al zou de ongeschiktheid voor deze concrete functie definitief zijn geweest bij verwerende partij, dan nog beantwoordde de toestand van eiseres o.i. niet aan het begrip 'handicap', omdat met de beperking die er toen beschreven was, zij nog ander en minder schouderbelastend werk op de algemene arbeidsmarkt aankon.

Dit is een toestand waarin zeer veel collega-werknemers zich bevinden na toepassing van art. 100 ZIV-wet.

Uiteindelijk, en gelukkig voor eiseres, heeft zij in andere omstandigheden, bij een kleinere entiteit, haar werk als kinderverzorgster opnieuw kunnen opnemen.

Wij zijn derhalve van oordeel dat er geen toepassing kan gemaakt worden van het begrip 'handicap' in de zin van de algemene anti-discriminatiewet en dat deze zaak uitsluitend in het licht van het ontslag wegens overmacht om medische redenen voor de uitgeoefende functie bij verwerende partij dient te worden beoordeeld.

Op dat punt valt op hoezeer de stereotype en vage attesten van de arbeidsgeneesheer geleid hebben tot eenzelfde stereotype vaststelling van de werkgever dat er geen aangepast werk voorhanden bleek.

Ook eiseres blijkt in die periode geen aanstalten te hebben gemaakt voor enige duidelijkere invulling van de aanbeveling tot een meer aangepaste tewerkstelling.

In conclusies maakt zij een opsomming van een reeks taken dewelke zij wel nog zou hebben kunnen doen, maar nergens is er een concrete aftoetsing gebeurd noch expliciet gevraagd tijdens de periode van de opeenvolgende ongeschiktheden zelf.

Overigens kan opgemerkt worden dat deze opsomming van de volgens eiseres nog resterende capaciteiten op zich reeds de stelling van een 'handicap' ondermijnen zoals reeds hoger werd geargumenteed hierover.

De eindverantwoordelijkheid na een aanbeveling van de arbeidsgeneesheer ligt bij de werkgever, en op dat punt is er in het dossier dus geen enkele verwijzing naar een concreet onderzoek of voorstel, noch naar enige poging tot reële proef-aanpassing van de taken.

Dit, gecombineerd met het feit dat op het ogenblik van het ontslag nl. 3.6.2013, er uitsluitend het advies van de geneesheer van de RVA was, samen met een even weinig gemotiveerd attest van de huisarts van eiseres, leiden ertoe dat arbeidsrechtelijk op dat ogenblik en zonder tussenkomst van de arbeidsgeneesheer, niet kon besloten worden tot medische overmacht.

Het laattijdig advies van de arbeidsgeneesheer van 6 juni 2013 kan dit niet meer verhelpen, nu het ontslag reeds was tussengekomen, en de middelen tot eventueel beroep ertegen, zonder voorwerp waren geworden.

Dit post factum advies van de arbeidsgeneesheer blijft dus een steriele tussenkomst dewelke zelfs indruist tegen het attest van de specialist D. van 3 mei 2013...

Op deze gronden kan de rechtbank de definitieve medische overmacht voor de uitgeoefende functie niet bekrachtigen.

Zoals reeds hoger vermeld, was er daartoe op het ogenblik dat het ontslag werd gegeven, nl. 3 juni 2013, een onvoldoende sluitend dossier.

In de huidige stand van de wetgeving en bij gebrek aan uitvoerend KB voor art. 34 arbeidsovereenkomstenwet blijft het in de ogen van deze rechtbank zo dat uitsluitend een vaststelling van de arbeidsgeneesheer met uitputting van de eventuele beroepsprocedure daaromtrent uitsluitel kan geven.

Eiseres blijft dus recht hebben op een gewone opzegvergoeding.

Gelet op haar anciënniteit van 29 jaar komt zij volgens de schaal C. op een termijn van 28 maanden.

Gelet op de anciënniteit dewelke slechts begint te lopen vanaf 1 januari 1992 is deze rechtbank van oordeel dat een termijn van 18 maanden ruimschoots aangepast is aan de lange trouw aan de onderneming en aan de theoretische spoedige hertewerkstellingskansen van eiseres.

De jaren als tewerkgestelde werkloze dienen niet opgenomen te worden in de reguliere anciënniteit bij diezelfde werkgever (v. E., sociaal compendium, 13-14, nr. 4021).

Dit brengt op basis van het jaarloon van 39.883,95 € de verschuldigde vergoeding op 59.826 €.

Ontnomen inkomsten vergoeding

Eiseres vraagt een vergoeding gelijk aan het verschil tussen de bekomen werkloosheidsuitkeringen en haar normale loon voor de periode van niet tewerkstelling, en dit wegens de terugkerende weigering vanwege verwerende partij om haar het werk te laten hervatten.

Wat de uitbetaling van het loon betreft waar eiseres recht op zou gehad hebben bij normale prestaties, moet vooreerst worden vastgesteld dat werknemers die arbeidsongeschikt worden, na de periode van gewaarborgd loon, terugvallen op de sociale zekerheidsregeling van ZIV en RVA.

Dit is een wettelijke regeling, waarbij geen loon verschuldigd is tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst.

Waar eiseres aan verwerende partij een fout verwijt, dient zij deze ook concreet te bewijzen.

Het staat vast dat er te weinig transparant onderzocht werd of er ja dan neen aangepast werk mogelijk was tijdens de revalidatieperiode van eiseres, maar er is evenmin aangetoond dat dit er wel zou geweest zijn en dat dit door een fout van de werkgever niet werd ingevuld.

Op dat punt schieten ook alle andere aanbevelingen en adviezen tekort, incl. de afwachtende houding van eiseres zelf.

Rechtsmisbruik

Deze zelfde vaststellingen leiden er eveneens toe geen misbruik van recht in hoofde van verwerende partij te kunnen vaststellen volgens deze rechtbank: vooreerst is de redenering dat er te weinig rekening werd gehouden met de toestand als gehandicapte in deze zaak juridisch irrelevant gebleken, en vervolgens zijn de zware gevolgen die eiseres aan dit ontslag koppelt, de posten die geacht worden gedekt te zijn door de forfaitaire opzegvergoeding.

Het feit dat de rechtbank zich niet aansluit met de stelling van medische overmacht en de wijze waarop deze werd vastgesteld, betekent nog niet dat verwerende partij hier op dat punt een misbruik pleegde.

Het gaat hier dan zoals vastgesteld, om een onregelmatig ontslag waarop de `sanctie' van de verschuldigde opzegvergoeding staat.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

Er zijn geen doorslaggevende motieven aangehaald om de voorlopige tenuitvoerlegging te bevelen.

Rechtsplegingsvergoeding:

deze wordt door elk van de partijen vastgesteld op het wettelijk basisbedrag van 5.500 €.

De rechtbank is van oordeel dat gelet op de gedeeltelijke afwijzing van eis de kosten dienen te worden omgeslagen en ieder de eigen kosten op dit punt zal dragen.

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK

Gehoord Mevr. H., Substituut-Arbeidsauditeur in haar mondeling advies;

Recht sprekend op tegenspraak;

Verklaart de vordering ontvankelijk;

Veroordeelt verwerende partij om aan eiseres een opzeggingsvergoeding te betalen van 18 maanden of 56.826 €, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

Slaat de kosten om : verwijst iedere partij tot de eigen gemaakte kosten.

Gelet op van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de talen in gerechtszaken en inzonderheid op de artikelen 2, 30, 34 tot en met 37 en 41.

Aldus geoordeeld en ondertekend door:

de heer Y. D., voorzitter van de rechtbank/kamer

de heer G. C., rechter in sociale zaken-werkgever;

de heer G. D. W., rechter in sociale zaken-werknemer;

bijgestaan door J. V., griffier.

Huidig vonnis wordt uitgesproken in openbare terechtzitting van de eerste kamer B van de arbeidsrechtbank te Leuven op bovenvermelde datum